

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE No: 110013342-046-2020-00114-00
ACCIONANTE: MÓNICA ESPERANZA GUECHA CUEVAS
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
POLICÍA NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD
VINCULADOS: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y
PROFAMILIA
ACCION: TUTELA

I. ASUNTO

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda, frente a la acción de tutela instaurada por la señora MÓNICA ESPERANZA GUECHA CUEVAS, contra NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y PROFAMILIA, en cuanto solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud, igualdad, entre otros, los cuales considera vulnerados.

II. ANTECEDENTES

2.1 Hechos

La accionante expuso que junto con su esposo han intentado concebir un hijo desde el año 2002, sin que a la fecha hayan logrado obtener resultados satisfactorios. Así, refirió que en el año 2005, al ser beneficiaria del subsistema de salud de la Policía Nacional y en el cual su compañero es el titular del derecho, consultó las especialidades de ginecología y obstetricia para conocer las causas por las cuales no quedaba embarazada. Por su parte a su cónyuge le realizaron

una serie de exámenes en el hospital central de la Policía, como lo fueron Doppler testicular y espermograma básico.

Posteriormente, el 28 de noviembre de 2005, luego de acudir ante su médico tratante para la práctica de unos exámenes de estudio de infertilidad, este le informó que la institución no cubría el procedimiento, motivo por el cual fue remitida a Profamilia, entidad que le ordenó una serie de valoraciones para tratamiento por infertilidad por factor masculino, las cuales algunas las ha efectuado la Policía Nacional, teniendo que asumir por su cuenta otras para llevar a cabo la inseminación intrauterina.

De igual forma, puso de presente que para el 14 de abril de 2008, se sometió a la inseminación en mención en Profamilia, la cual *“no tuvo un feliz término”*, pues la probabilidad de quedar embarazada era de un 20 %, siendo necesario un segundo procedimiento para aumentar las posibilidades de su éxito; no obstante, el mismo no lo pudo continuar por falta de recursos económicos.

Finalmente, para el año 2020, con el fin de determinar nuevamente la viabilidad de concebir un hijo, acudieron a la clínica Eugin, en donde se determinó que se podía concebir un hijo mediante la técnica de reproducción asistida FIV-ICSI, esto es la fecundación de óvulos propios con la inyección intracitoplasmática de espermatozoides de su esposo; sin embargo, a pesar de encontrarse en una edad viable para someterse al mismo, no puede costear su costo (\$23.672.670)

Por lo anterior, elevó petición el 19 de marzo de 2020 ante la Dirección de Sanidad de la Policía nacional solicitando la fecundación asistida, obtenido una respuesta desfavorable a su requerimiento.

2.2. Petición

La parte accionante solicita se tutele los derechos fundamentales a la salud, igualdad, entre otros y, en consecuencia, se ordene a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional cubran el tratamiento y exámenes que necesita para la *fecundación in vitro intra cytoplasmic sperm injection* (FIV-ICSI). Asimismo, requiere que el este procedimiento sea llevado a cabo por su médico tratante de la clínica Eugin, por ser este quien le da la única alternativa para concebir un hijo.

III. TRAMITE

Admitida la solicitud de tutela, se ordenó la notificación a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, para que en el término de dos (2) días se pronunciara sobre los hechos materia de la presente acción. De igual forma, atendiendo la respuesta suministrada por dicha entidad se vinculó a la Regional de Aseguramiento en Salud N° 1.

3.1 Dirección de Sanidad de la Policía Nacional

La entidad informó que, atendido las facultades de delegación y la desconcentración de funciones que ostenta la institución, la unidad responsable para atender las pretensiones de la tutelante era la Regional de Aseguramiento en Salud N° 1.

3.2. Regional de Aseguramiento en Salud N° 1 de la Policía Nacional

Mauricio Alexander Piñeros Cortes, actuando como Jefe de la entidad, señaló las atenciones en salud que se le han brindado a la actora según consta en la comunicación oficial No. S-2020-ARGES-RASES del 3 de julio de 2020.

De otra parte, en cuanto a las pretensiones de la afectada encaminadas al tratamiento de fecundación invitro, precisó que revisada la base de datos del Comité Técnico Científico de la Regional No. 1, entidad ante la cual se radican las solicitudes de procedimientos no incluidos dentro del Plan de Beneficios de la Policía Nacional, se evidencia ninguna solicitud por parte de la interesada; no obstante, en todo caso, con base en el Acuerdo No. 002 del 27 de abril de 2001, por medio del cual se establece el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policía, el tratamiento requerido no se encuentra dentro de este plan.

Por lo expuesto, no existe actuaciones por parte de la entidad que atenten contra los derechos fundamentales de la accionantes, toda vez que a la fecha se le han suministrados los servicios en salud incluidos en el subsistema de salud de la Policía Nacional.

3.3 Ministerio de Salud y Protección Social y Profamilia

A pesar de encontrarse debidamente notificadas, las entidades no dieron contestación a la presente acción de tutela.

Respecto de la falta de contestación de la demanda, por parte de la entidad accionada, el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

“ART. 20.- Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

Así pues, los hechos narrados por la parte actora, los cuales motivan la presente acción de tutela, serán tenidos por ciertos dentro de la misma, de conformidad con lo establecido en la norma en cita.

3.4 Acervo Probatorio: se allegaron las siguientes:

- Copia de las historias clínicas de la Policía Nacional, Profamilia y clínica Eugin.
- Copia del derecho de petición radicado el 19 de marzo de 2020.
- Copia de la respuesta otorgada por la DISAN.

IV. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, en este contexto y ante las pretensiones del actor deben realizarse las siguientes consideraciones:

4.1. Problema jurídico.

De conformidad con lo expuesto en los antecedentes que preceden, el Despacho encuentra que el presente asunto se contrae a establecer si a la señora MÓNICA ESPERANZA GUECHA CUEVAS le han sido vulnerados sus derechos fundamentales invocados en la solicitud de tutela ante la negativa de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional en cubrir la *fecundacion in vitro intra cytoplasmic sperm injection* (FIV-ICSI).

4.2. Argumentos y sub argumentos a fin de resolver el problema jurídico planteado

4.2.1. Subsidiariedad y existencia de perjuicio irremediable para la procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 Superior establece la acción de tutela como un procedimiento constitucional, destinado a la protección de los derechos fundamentales, caracterizada por su carácter residual y subsidiario, esto significa que, sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹.

A través de las normas Constitucionales y legales se regula el alcance de la acción de tutela como subsidiaria, es por ello, que solamente está permitido hacer uso de dicha acción cuando de por medio existe una evidente vulneración de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Constitución Política.

Excepcionalmente, será procedente como mecanismo de defensa cuando se esté en presencia de un grave perjuicio que no admita o permita otro medio de defensa por requerir de la inmediatez en la protección del derecho presuntamente vulnerado.

Es este medio subsidiario al que se ha referido la H. Corte Constitucional en sinnúmero de sentencias de tutela, en las cuales ha manifestado lo siguiente:

¹ De acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, “[l]a acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será aplicada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

“Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela ésta revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: i) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda reclamar la protección de los derechos, ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan idóneas para la protección de los derechos de que se trate, o iii) cuando existiendo acciones ordinarias, la tutela se use como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental.

De la idoneidad de los otros medios de defensa judicial y de la figura del perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental, se pasará a hablar a continuación.

Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así, se ha indicado en múltiples oportunidades que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos se debe acudir, en principio, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta Política². (Subraya y negrilla por el Despacho)

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha determinado que *“el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela responde al carácter expansivo de la protección de los derechos fundamentales respecto de las instituciones que conforman el aparato estatal y, de manera particular, las instancias que ejercen la función pública de administración de justicia. En efecto, la exigencia de este requisito, lejos de disminuir el ámbito de exigibilidad judicial de dichos derechos, presupone que los procedimientos judiciales ordinarios son los escenarios que, por excelencia, están diseñados para garantizar su efectividad, a través de órdenes con contenido coactivo”³.*

En ese sentido, el legislador estableció en nuestro ordenamiento jurídico distintos mecanismos ordinarios de defensa judicial, que las personas tienen la facultad de utilizar, para (i) solicitar la protección de los derechos de rango legal y, (ii) para solucionar asuntos de orden legal. Por ello, la competencia exclusiva para resolver conflictos en los que estén comprometidos derechos de naturaleza legal, fue asignada en el ordenamiento jurídico a la justicia civil, laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos.

² Sentencia SU772/14

³ Corte Constitucional Sentencia T -192 de 2009.

En este contexto, la acción de tutela (CP art. 86), fue concebida como un mecanismo reservado a la protección de los derechos constitucionales fundamentales, siempre y cuando, el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, evento en el cual adquiere el carácter de mecanismo principal, o ante la presencia de un perjuicio irremediable, caso en el que a pesar de la existencia del otro medio de defensa judicial, la acción de tutela sea procedente para evitar la consumación de un daño irreparable.

En relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se está frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) *cierto e inminente* – esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos –, (b) *grave*, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) *de urgente atención*, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable⁴.

4.2.2 Del derecho fundamental a la salud

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*. Con posterioridad, al pronunciarse sobre el derecho a la salud, el artículo 49 dispone que:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

⁴Corte Constitucional Sentencia T-1316 de 2001, reiterada por la Sentencia T- 494 de 2010.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

En numerosas oportunidades y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público.

En cuanto a la primera faceta, la salud debe ser prestada de manera oportuna[8], eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

5. Del caso concreto.

El Despacho considera que, en este caso, surge una controversia relacionada con la presunta vulneración del derecho fundamental de salud, motivo por el cual la acción de la referencia es un mecanismo de defensa propicio para solicitar la protección de dicho derecho.

En el asunto bajo estudio, la señora MÓNICA ESPERANZA GUECHA CUEVAS requirió el cubrimiento de su procedimiento de fecundación in vitro por parte de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y la continuidad de este con el médico tratante, proceso al cual se sometió en una primera oportunidad en el año 2008, no obteniendo resultados satisfactorios.

En lo que respecta al derecho a la salud la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos a propendido por su protección y por lo mismo, en aras de su prestación efectiva, ha ordenado la realización de procedimientos y servicios médicos aun cuando estén excluidos del plan de beneficios, claro ésta, siempre y cuando se den ciertos presupuestos como lo es que compruebe la afectación de derechos fundamentales ante la negativa de las entidades prestadoras de salud de brindar lo ordenado por el médico tratante.

Ahora bien, tratándose de la fecundación in vitro y al cual se suscribe el debate en la presente tutela, ciertamente se encuentra excluido tanto en el plan de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como del plan de servicios de Sanidad Militar y Policía- sistema especial de seguridad social, sin que su no realización implique necesariamente vulneración a garantías de carácter fundamental. Esto en atención a que, según el máximo órgano Constitucional en sentencia T-398 de 2016, *“la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera, prima facie, una obligación estatal en materia de maternidad asistida, pues en la Constitución dicha garantía ‘implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación”*

En igual sentido, la Corte Constitucional en la sentencia en referencia resaltó que tal procedimiento, en principio no es viable ordenar su prestación al Estado y las entidades, por cuanto:

“autorizar el mismo supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios y del ejercicio de la libertad de configuración normativa. El Estado debe garantizar de manera progresiva el derecho fundamental a la salud y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito

sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles”

No obstante lo anterior, en sentencia SU-074 de 2020, se precisó que la exclusión sin excepciones a acceder a tratamientos de fertilización in vitro *“impone una limitación al proyecto de vida de las personas con infertilidad”*. Por tanto, es necesario, la verificación de aspectos como la i) edad, esto es encontrarse la persona en el rango en el cual es viable la fecundación in vitro; ii) condiciones de salud de la pareja infértil, siendo obligatorio que el tratamiento de la fertilización in vitro haya sido ordenado por un medio especialista que autorice y evalúe las condiciones del paciente, emitiendo además el respectivo concepto en el que conste que la fecundación in vitro es la mejor opción; que se haya iii) agotado los *demás procedimientos y alternativas de tratamiento razonables para atender la infertilidad de la persona o pareja solicitante*, iv) capacidad económica de la pareja, entre otras circunstancias.

Además, es dispendioso corroborar que ***“la ausencia del procedimiento de fertilización in vitro vulnera o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud.”***

Ahora bien, al descender al caso concreto es evidente que la señora MÓNICA ESPERANZA GUECHA CUEVAS (a quien le asiste su derecho a seguridad social independientemente del régimen en el que se encuentre) si bien allegó documentos de la clínica Eugin, relativos a la historia clínica y cotización del tratamiento FIV ICSI, no se soporta concepto vigente emitido por el profesional de la salud que prescriba y además acredite la necesidad de la fecundación in vitro como única opción para concebir la accionante un hijo, pues aun cuando la parte tutelante adjunto también historia clínica de Profamilia en el que consta algunos procesos para la fecundación in vitro que en su momento se realizó, esta data de más de 12 años atrás, no existiendo órdenes médicas pendientes por practicar.

Aun con todo, de pretender acreditarse con dichos documentos la necesidad del tratamiento *fecundación in vitro intra cytoplasmic sperm injection* (FIV-ICSI) la afectada no demostró siquiera sumariamente, cómo la ausencia del procedimiento que requiere vulnera o pone en inminente riesgo sus derechos fundamentales.

En este punto, debe destacarse que la afectación a garantías de carácter constitucional deben ser objetivas que “*no dependen de opiniones o juicios individuales de las personas o parejas solicitantes, sino que existen referentes externos que fundamentan tales situaciones; (ii) son **verificables** cuando resultan probadas o pueden demostrarse a partir de cualquier medio probatorio válido; y (iii) finalmente, son **graves** –como lo ha establecido esta Corporación con miras a determinar la configuración de un perjuicio irremediable– cuando suponen “un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica.”⁵*

En esas condiciones, no quedó debidamente demostrado un menoscabo a la salud la señora MÓNICA ESPERANZA GUECHA CUEVAS ni física o psicología con el actuar de la Dirección de Sanidad de la Policía y su negativa a proceder con el tratamiento de fecundación in vitro.

De otra parte, el Juzgado no puede pasar por alto que el primer tratamiento in vitro al que la actora se sometió fue en el año 2008, volviendo retomar el mismo solo hasta el año 2020, no existiendo por parte de ella justificación frente a las causas por las cuales esperó más de 12 años para retomar nuevamente el procedimiento en referencia, por lo que tampoco es viable concluir, ante el extenso lapso entre uno y otro tratamiento, que exista un peligro inminente a la salud de la accionante que amerite la intervención expedita del Juez constitucional.

En consecuencia, al no vislumbrarse vulneración a los derechos fundamentales con el actuar de la entidad accionada, ni un perjuicio irremediable, se negará el amparo constitucional.

⁵ Corte Constitucional

La presente providencia puede ser impugnada dentro del término señalado en el Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR EL AMPARO de los derechos invocados por la señora **MÓNICA ESPERANZA GUECHA CUEVAS**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las entidades accionadas de manera personal y a la parte accionante, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Por el medio más expedito, comuníquesele a la Defensoría del Pueblo.

TERCERO: Si esta providencia no fuese impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
JUEZ